

Desconsideração da Personalidade Jurídica

MANOEL CARPENA AMORIM

Desembargador TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ

Introdução - O que nos encorajou a escrever o presente trabalho foi muito mais a oportunidade de “um grito de alerta” sobre a questão da desconsideração da pessoa jurídica, do que um exame científico mais aprofundado sobre o tema.

Essa preocupação decorre da nossa experiência diuturna na área cível, onde temos tido oportunidade de observar, por vezes, uma certa superficialidade no trato desse problema.

Houve um momento na evolução das sociedades humanas, em que o homem percebeu que era hora de dar um salto para o futuro.

A estrutura econômica começava a mudar, passando de atividades mercantis extremamente simples, decorrentes dos meios de produção primários, para relações de maior complexidade.

Essa dimensão da economia já não comportava, apenas, o esforço individual dos componentes do grupo. As novas relações estavam exigindo soma de esforços, associação.

É nesse momento, que surge a empresa, como entidade no mundo econômico e no mundo jurídico, pois o seu florescimento dependia de regulamentação.

Historicamente, podemos situar essa fase do desenvolvimento nas corporações da Idade Média, quando começam a se estabelecer as bases do Direito Comercial moderno.

E toda essa estrutura jurídica se fazia em torno da empresa, de tal forma que, ainda hoje, muitos consideram o Direito Comercial como o direito da empresa.

Foi realmente através desse organismo que a economia pôde se desenvolver, aglutinando capitais que alavancaram a evolução da sociedade.

A partir da Revolução Industrial nos meados do Século XIX, principalmente na Inglaterra, novas formas de sociedades comerciais começaram a surgir, capazes de estimular e administrar a poupança de grande número

de pessoas, as chamadas sociedades de capitais, indispensáveis para o enfrentamento dos novos e gigantescos desafios que a atividade econômica estava exigindo.

De qualquer maneira, a construção doutrinária que leva às diversas formas de sociedade comercial, sejam de pessoas, sejam de capitais, têm em mira, especificamente, a definição de responsabilidade dos que se juntam para comerciar sob a forma de empresa.

Esse, indiscutivelmente, o sentido dessas formulações.

Sociedade em nome coletivo, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, em comantida, por ações etc. Todas elas se destinam a separar a responsabilidade da pessoa dos sócios da pessoa jurídica resultante do contrato.

É dessa distinção entre a personalidade dos sócios individualmente e a personalidade da entidade criada que vão surgir os problemas que levaram os doutrinadores à elaboração do *disregard doctrine*.

Para que se possa aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é necessário que o ordenamento jurídico considere a personalidade da sociedade distinta da de seus membros.

Um requisito importante para viabilizar a teoria da desconsideração, pouco observado pelos doutrinadores, é a existência de responsabilidade limitada, pois a aplicação da teoria restringe-se, basicamente, a dois tipos de sociedades, que são as anônimas e as por cotas de responsabilidade limitada, sendo os outros tipos societários desinteressantes para o tema ora focado.

A doutrina da desconsideração foi desenvolvida pelos tribunais para impedir o abuso por meio de uso indevido da personalidade jurídica. Esta é conhecida pelas designações no Direito Inglês e no Americano, como *disregard of legal entity*, *disregard of corporate entity*, *lifting the corporate veil*, *piercing the corporate veil*, *cracking open the corporate shell*; no Direito Italiano, *superamento della personalità giuridica*; no Direito Alemão, *durchgriff der juristischen person*; no Direito Argentino, *teoría de la penetración o desestimación de la personalidad* e no Direito Francês, *mise à l'écart de la personnalité morale*.

O abuso da pessoa jurídica é possível, precisamente, graças ao caráter instrumental que tem o reconhecimento da personalidade jurídica, como aparato técnico oferecido pela lei, à obtenção de finalidade ilícita que os indivíduos por si sós não poderiam conseguir. Assim, tal instituto pode dar lugar a um uso indevido.

A teoria da desconsideração não visa a anular a personalidade jurídica, objetiva tão-somente desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É este o caso de declaração de ineficácia da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo-se incólume para outros.

A doutrina diferencia desconsideração de despersonalização. A primeira, conforme já mencionado, visa desconsiderar, apenas no caso concreto, o instituto da pessoa jurídica, enquanto a segunda tem por finalidade anular a personalidade jurídica, por lhe faltar condições de existência, como em casos de invalidade do contrato social ou dissolução de sociedade.

Origem histórica - No século XIX, diante das mutações necessárias ao Direito, a doutrina e a jurisprudência passaram a se preocupar com a utilização da pessoa jurídica de maneira diversa daquelas consideradas pelo ordenamento jurídico para o reconhecimento de seres dotados de existência própria e autônoma. Com o mau uso da pessoa jurídica, passou a existir a necessidade de utilização de outros meios para que isso fosse reprimido, a fim de preservar o instituto da pessoa jurídica.

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica foi amplamente desenvolvida na *Common Law*, principalmente nos EUA. Entretanto, a maioria dos estudiosos acredita que sua origem foi na Inglaterra, no célebre caso **Salomon vs. Salomon & Co.**, julgado pela **House of Lords** – última instância - em 1897.

Os autores, então, apontam como *leading case* da *Disregard Doctrine* o referido julgamento na Inglaterra, que, resumidamente é o seguinte:

O empresário *Aaron Salomon* havia constituído uma *company*, em conjunto com outros componentes de sua família, e cedido seu fundo de comércio à sociedade que fundara, recebendo em consequência vinte mil ações representativas de sua contribuição, enquanto para cada um dos outros membros coube, apenas, uma ação para integrar o valor da incorporação do fundo de comércio da nova sociedade. Salomon recebeu obrigações garantidas no valor de dez mil libras esterlinas. Logo em seguida, a sociedade revelou-se insolvente, sendo seu ativo insuficiente para satisfazer as obrigações garantidas, nada sobrando aos credores quirografários.

O liquidante sustentou que a atividade da *company* era pessoal, de Salomon, para limitar sua própria responsabilidade, arrecadando, assim, seus bens particulares. Tal pretensão foi acolhida em 1º grau.

A Corte de Apelação confirmou a sentença proferida, mas a Casa dos Lordes reformou os entendimentos anteriores, sob a alegação de que a empresa havia sido validamente constituída e que não havia qualquer intuito fraudulento. Assim, inaugurou-se a Doutrina da *Disregard*, que não foi aplicada no caso, em virtude de a *House of Lords* ter reformado a decisão que desconsiderava a personalidade jurídica da sociedade criada por Salomon.

Ressalte-se, no entanto, que a situação ocorrida no caso ***Salomon vs. Salomon & Co.*** é uma das mais características hipóteses de aplicação da *Disregard Doctrine*, não havendo como se negar que a decisão proferida, nesse processo, foi a que teve maior repercussão no mundo acadêmico e a que contribuiu de modo definitivo para o desenvolvimento da doutrina. Por tais motivos, esse julgamento é considerado pela maioria dos estudiosos como o ponto de origem da teoria em epígrafe.

O Direito Brasileiro e a Desconsideração da Personalidade Jurídica - No Brasil, a primeira sistematização a respeito da “Teoria da Desconsideração” foi realizada por Rubens Requião em conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

O ilustre jurista, na palestra intitulada “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, esclareceu que, ao iniciar o estudo sistemático do Direito Comercial, atentou para o fato de a personalidade jurídica, muito facilmente, poder vir a ser utilizada como anteparo de fraude ou abuso de direito, sendo certo que, em alguns casos, a diferença entre a pessoa jurídica e o sócio, se constitui em mera aparência. Seus estudos tiveram como base as obras de **Piero Verrucoli e Rolf Serick**.

Requião assinala que, apesar de ter surgido na Inglaterra com o caso ***Salomon vs. Salomon & Co.***, a Teoria da Desconsideração obteve sucesso nos Tribunais alemães, onde foi desenvolvida sob o nome de “Teoria da Penetração” e, principalmente, nos Tribunais norte-americanos, onde recebeu a designação de *Disregard of legal Entity*, devido às peculiaridades existentes nestes países.

Segundo o autor, nas hipóteses de fraude e de abuso de direito instrumentados pela pessoa jurídica, o juiz pode prescindir da autonomia da personalidade jurídica, empregando a teoria, *sub examine*, com extrema cautela, somente nesses casos excepcionais, já que a regra é da distinção da pessoa jurídica da dos sócios que a compõem.

Legislação no Direito Brasileiro - Alguns autores afirmam que há, no ordenamento legal brasileiro, hipóteses contemplando a desconsideração da personalidade jurídica, citando como exemplos os seguintes dispositivos: artigo 2º, § 2º, da Consolidação da Leis do Trabalho; artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional; artigo 10 do Decreto 3.708/19; artigos 1º, 117 e 158 da Lei das Sociedades Anônimas; artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, o Projeto do Código Civil, dentre outras. Cada um desses dispositivos será a seguir analisado para que se possa, ao final concluir pela procedência ou não de tais afirmativas.

DIREITO DO TRABALHO - art. 2º, § 2º, da CLT estabelece que:

“Sempre que uma ou mais empresas tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis à empresa principal e cada uma das subordinadas.”

Na verdade, tal dispositivo prescreve a solidariedade entre empresas do mesmo grupo econômico, por exemplo, o caso da responsabilidade da empresa de *holding* pelo débito trabalhista da empresa controlada, ou o da empresa controladora pelas obrigações trabalhistas de sua subsidiária integral etc.

Ademais, é de se salientar que os Tribunais só entendem a responsabilidade por dívidas trabalhistas ao sócio, quando o patrimônio social revela-se insuficiente para cobrir o débito ou quando há liquidação irregular da sociedade.

Assim, embora a Justiça do Trabalho tenha amparado a Teoria da Desconsideração, principalmente aos trabalhadores das empresas multinacionais, não conseguiu consagrá-la totalmente.

DIREITO TRIBUTÁRIO - art. 134, *caput* e VII, do CTN tem a seguinte redação:

“Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: ...VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.”

O art. 135, III do CTN dispõe que:

“São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto: ... III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

Tais regras legais tratam de duas situações em que o sócio se torna, também, responsável pela obrigação tributária. No primeiro caso, a responsabilidade do sócio é solidária e, no segundo, é pessoal e direta. Nessas hipóteses, há uma transferência de responsabilidade (art. 121, parágrafo único, II, do CTN), não havendo por que falar em desconsideração da pessoa jurídica.

Observa-se, contudo, que os supracitados dispositivos demonstram, somente, que em certas circunstâncias, os sócios são responsáveis por dívidas alheias, no caso, da sociedade, não se tratando, realmente, de desconsideração, pois não envolve nenhuma quebra do princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa-membro.

SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. Na legislação sobre sociedades limitadas, o art. 10 do Decreto nº 3.708/19 não trata de uma hipótese de desconsideração, como quiseram alguns doutrinadores, mas apenas admite responsabilidade, perante terceiros, solidária e ilimitada dos sócios-gerentes ou dos que derem nome à firma por dívidas da sociedade (dívida alheia), pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação da lei ou do contrato.

DIREITO SOCIETÁRIO - art. 1º, *in fine*, da Lei nº 6.404/76, estabelece que: **“a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço da emissão das ações subscritas ou adquiridas.”** Trata-se de responsabilidade do sócio perante a companhia, por débito próprio, e não responsabilidade do sócio perante terceiros, por débito da companhia.

Vislumbra-se que, eventualmente, o acionista poderá ser pessoalmente responsabilizado, não pelo simples fato de ser acionista, mas em razão da sua atuação como administrador ou controlador da sociedade (art. 116 da Lei nº 6.404/76).

Destarte, na Lei das Sociedades Anônimas, alguns doutrinadores entendem que a definição de acionista controlador, a atribuição de deveres

e respectiva responsabilização por atos praticados com desvio e abuso de poder, constitui avanço do Direito Societário Brasileiro, porquanto representa a adoção da chamada Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Entretanto, percebe-se que não se está, de maneira alguma, tratando de desconsideração, mas sim de responsabilização dos controladores por atos próprios (art. 117, § 1º da Lei nº 6.404/76).

DIREITO DO CONSUMIDOR - art. 28 da Lei nº 8.078/90 dispõe que:

“O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º - (vetado). § 2º - As sociedades integrantes dos grupos societários controlada são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código. § 3º - As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código. § 4º - As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º - Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

A norma acima transcrita representa um significativo progresso na ordem jurídica brasileira, pois foi o primeiro texto legal a fazer menção expressa à desconsideração da personalidade jurídica. Todavia, a sua redação vem sendo criticada por vários autores, devido à dissonância com a elaboração doutrinária da Teoria.

A Lei Consumerista cometeu algumas impropriedades a despeito de sua redação, cuja marca é a imprecisão das ingerências conceituais, ou seja, tratou hipóteses tradicionalmente solucionadas por outros mecanismos que não os da desconsideração. Logo, o mencionado artigo representou inegável avanço em função da possibilidade de sua aplicação analógica.

PROJETO DO CÓDIGO CIVIL. A Comissão Revisora do Código Civil, presidida por Miguel Reale, acolhendo sugestão do Prof. Rubens

Requião, incluiu no anteprojeto regra sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

“Art. 49 – A pessoa jurídica não pode ser desviada dos seus fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução. Parágrafo único – Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da Administração.”

Da simples leitura desse dispositivo, pode-se perceber que o Projeto muito se distanciou da elaboração doutrinária da desconsideração da pessoa jurídica. Aliás, o próprio Requião não concordou com a solução adotada no Anteprojeto ao determinar dissolução da sociedade, na hipótese de uso inadequado da personalidade jurídica, pois tal fato importaria em punir os demais sócios que não deviam responder pela truculência e fraude do sócio atingido.

O Prof. Miguel Reale compreendeu a crítica e alterou o *caput* do referido artigo, mantendo inalterado o seu parágrafo único.

No entanto, segundo Requião, embora o texto tenha sido melhorado, a Teoria da Desconsideração não foi, ainda, devidamente traduzida na norma.

Portanto, o Anteprojeto do Código Civil, o qual teve a intenção de admitir a teoria enfocada, também, não conseguiu fazê-lo em toda a sua pureza.

Conclui-se, então, que, em alguns casos, a Teoria da Desconsideração foi aceita indevidamente, já que o ordenamento jurídico previa outros mecanismos para coibir a fraude ou o abuso.

A empresa: surgimento, conceito e importância social

a) NO PLANO HISTÓRICO

A história do comércio é a história da civilização e da humanidade, aceitando-se, então, a idéia de que a história do comércio é a própria história da empresa. O berço da civilização, do comércio e da empresa foi, para uns,

o Egito, para alguns a Índia, para outros a Síria, aproximadamente trezentos anos antes de Cristo.

Se adotarmos os cânones da teoria clássica das diversas formas de produção e concebermos os ensinamentos da Escola Alemã, não há que se cogitar da empresa na Antigüidade, pois, naquela época, havia apenas uma economia doméstica, que perdurou até a Idade Média, em que a produção e o consumo tinham início e fim no mesmo núcleo familiar.

Por isso, pode-se dizer que a empresa nasceu com a produção para o mercado, depois que o artesanato, disposto a correr os riscos inerentes a seu ofício, passou a trabalhar para gerar excedentes, os quais se encontrassem comprador a bom preço, trar-lhe-iam lucros e prosperidade; se não, ou se fossem vendidos abaixo do custo, acarretar-lhe-iam prejuízo e ruína.

Da indústria doméstica, de natureza rural predominante, que se processava para satisfazer as necessidades do lar, passando pela indústria da tribo, quando esta possui o monopólio de determinadas matérias-primas ou produtos fabricados e pela especialização para o mercado, com a divisão das profissões, até chegar à produção para o cliente e o mercado, com o fim de auferir lucro pela especulação, transcorreram quase cinquenta séculos.

Na primeira fase da Revolução Industrial, houve uma série de invenções que revolucionaram o sistema econômico, levando o proprietário da terra, com *status* privilegiado, a ceder espaço ao capitalista e ao empresário que atraíam pessoas, com promessas de dias melhores.

Tem-se notícia de que nessa época, fase negra da história do desenvolvimento da empresa, os operários industriais, inclusive mulheres e crianças, viviam em piores condições que os escravos.

Como a Revolução Industrial pôs fim ao domínio do senhor feudal, tudo indica que a Revolução Tecnológica jogará no passado a figura do empresário voraz e impiedoso, substituindo-o pelo administrador competente, preocupado em expandir a empresa, fazendo-a perseguir sua finalidade e cumprir sua “função social”, ao mesmo tempo que cuidará de zelar pelos interesses dos seus sócios ou acionistas, dos que nela trabalham e dos membros da comunidade em que atua.

Com a Segunda Guerra Mundial, verificou-se uma interminável descoberta de novos inventos tecnológicos, o que levou as empresas a se expandirem para outros ramos da indústria.

À medida que a empresa crescia e trocava de direção, passou a depender, fundamentalmente, da eficiência da organização da sociedade,

quanto ao planejamento de capital e estratégias de atuação no mercado, para combater a concorrência.

As exigências, a tecnologia e o planejamento aumentaram bastante a necessidade que a empresa tem de talentos especializados e de sua boa organização, ou seja, houve um novo deslocamento de poder, na empresa industrial, do capital para inteligência organizada.

É da eficiência dessa organização, com o que a maioria das doutrinas econômicas concorda, que depende, hoje, o êxito da empresa moderna.

A Segunda Grande Guerra, contudo, não foi somente o início de uma nova fase histórica da empresa, mas, também, o limiar da Era Industrial e o prenúncio da Era Superindustrial. Nesta, afirmam os pesquisadores, haverá uma crescente dispersão da produção e o declínio das fábricas, porque os processos produtivos serão desviados para fora das cidades, ao mesmo passo que os operários trabalharão em múltiplos lugares, chegando alguns cientistas políticos mais audaciosos a apregoar, inclusive, que tudo se encaminha para uma nova forma de indústria caseira.

Denota-se, então, que todo ser humano é capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil. Não é apenas o homem o único sujeito que a ordem jurídica contempla, eis que as pessoas jurídicas (art. 13 e segs. do Código Civil), também, são igualmente tratadas.

A complexidade da vida civil e a necessidade de conjugação dos esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns estimulam a agregação e a polarização de suas atividades e fazem com que o Direito equipare certos agrupamentos de pessoas e certas destinações patrimoniais ao próprio ser humano, atribuindo-lhes personalidade e capacidade de ação.

Portanto, ao reafirmar que o sujeito é ser capaz de direitos e obrigações, o ordenamento jurídico reconhece a existência das pessoas jurídicas (sociedades) que são, igualmente, sujeitos.

b) CONCEITO

O Prof. Giuseppe Ferri observa que a produção de bens e serviços para o mercado não é consequência de atividade accidental ou improvisada, mas sim de atividade especializada e profissional, que se explica através de organismos econômicos permanentes nela predispostos. Tais organismos que se concretizam da organização dos fatores de produção e que se propõem à satisfação das necessidades alheias e, mais, precisamente, das exigências do mercado em geral, tomam, na terminologia econômica, o nome de empresa.

O conceito jurídico de empresa se assenta nessa noção econômica, porém os juristas tentam, em vão, uma original conceituação ao tentarem se desvincular do campo econômico.

É preciso entender que a disciplina jurídica da empresa é aquela da atividade do empresário e a sua tutela jurídica é a tutela dessa atividade. Assim, no ângulo do Direito Comercial, empresa, na acepção jurídica, significa uma atividade exercida pelo empresário.

No Direito Brasileiro, empresa é uma repetição de atos, uma organização de serviços, em que se explore o trabalho alheio, material ou intelectual, com o intuito de obter lucro.

J. X. Carvalho de Mendonça, inspirado em **Vivante**, conceituou empresa como:

“a organização técnico-econômica que se propõe a produzir a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realização de lucros, correndo riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade.”

Assim, a idéia de empresa, como categoria fundamental do direito comercial, já se impôs nos estudos da disciplina jurídica e nos pronunciamentos jurisprudenciais de nossos Tribunais. O problema a se considerar não é o de poderio econômico da empresa e sua predominância no campo econômico, mas sua definição como categoria básica, como ponto de partida do direito mercantil.

Em complementação à concepção de empresa, tem-se a conceituação de empresário, que é aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. Daí, em não poder se falar em personificação da empresa por ser ela simples objeto de direito.

Ainda, sobre o tema de denominações, é necessário, didaticamente, distinguir-se empresa de sociedade comercial. Esta, como já foi dito, é objeto de direito, enquanto aquela é sujeito de direito.

Com efeito, a sociedade comercial, desde que esteja constituída nos termos da lei, adquire categoria de pessoa jurídica, tornando-se capaz de direitos e obrigações, enquanto a empresa não é sujeito de direito, como pessoa jurídica em si.

Outra fácil distinção é que a empresa pode ser o exercício da atividade individual, de pessoa natural, ou seja, é a empresa individual contrapondo-se à empresa coletiva, que é exercida pela sociedade. Como se vê, a empresa não pressupõe, necessariamente, uma sociedade comercial, ou seja, esta pode existir sem aquela.

c) FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A empresa tem uma função social importante, pois só fez crescer, agigantar-se na vida de todos a cada momento, em que tudo se fabrica e tudo se vende, criando, e, ao mesmo tempo, satisfazendo novas e velhas necessidades.

A empresa (sociedade comercial) deve e precisa ser preservada, não podendo ser desconsiderada sem restrições, sob pena de prejudicar a própria comunidade que dela se beneficia.

Desta forma, o Direito Processual Civil não pode contrariar a realidade. A busca da sentença, que é a função do processo, tem o objetivo de ligar o lado abstrato da norma jurídica ao concreto, possibilitando, como instrumento que é, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Muitos doutrinadores têm confundido casos de desconsideração com responsabilidade pessoal dos sócios, diretores e administradores, que respondem pelas dívidas da sociedade quando agem em excesso de mandato ou contrariam a lei, o estatuto, ou o contrato social, pois, de alguma forma, agiram de maneira ilícita e por isso são responsáveis pessoalmente.

A desconsideração não se confunde com a teoria *ultra vires*. A pessoa jurídica age por intermédio de atos que se exteriorizam através daqueles praticados pelos diretores e administradores que, como pessoas naturais, também são sujeitos de direitos e obrigações, com capacidade para agirem em nome próprio ou da sociedade. A teoria *ultra vires* funda-se no objeto social, englobando a atividade e o fim, que é sempre o lucro. Assim, são atos *ultra vires* aqueles que estiverem em desacordo com a atividade e o objetivo da empresa.

Revela-se bastante oportuna a observação do ilustre Prof. Fábio Ulhoa Coelho, para quem esta teoria liga-se profundamente ao princípio da preservação da empresa, já que o que se pretende ao aplicá-la é coibir o mau uso da pessoa jurídica, declarando-se a ineficácia da autonomia da personalidade jurídica, somente, em relação à conduta fraudulenta ou abusiva da pessoa

que a utilizou indevidamente, permanecendo a sociedade existente, válida e eficaz para todos os outros aspectos de sua vida jurídica.

Nesse diapasão, o Des. Penalva Santos, em obra de sua autoria **A aplicação do princípio da desconconsideração da personalidade jurídica ao direito brasileiro** enumera, sabiamente, as hipóteses em que tal princípio pode ser utilizado.

“O primeiro princípio é o do ingresso fraudulento, na sociedade, de bens ou direitos pertencentes a terceiros, levados pelo sócio para a sociedade, pois, por meio desse expediente, o sócio desfalca o seu patrimônio em detrimento do credor.

O segundo princípio representa a mistura de bens ou de contas entre o controlador e participantes da sociedade e a própria sociedade; também, o duplo controle, a dupla propriedade de ações ou quotas e a distribuição fictícia de lucros; todos eles representados por práticas ilícitas conhecidas de todos.

Outra forma de aplicação da regra da desconconsideração são os negócios pessoais efetuados pelo sócio ou administrador, como se fora pela sociedade.

(...)

A quarta hipótese envolve a confusão de patrimônios, ou seja, o fato de o sócio (sobretudo controlador) utilizar os bens sociais como seus, fazendo-os integrar o próprio patrimônio, caso de absorção de patrimônio pelo acionista.

A quinta hipótese ocorre quando se estabelece uma ponte de comunicação entre bens particulares dos sócios e os bens sociais – vasos comunicantes – ou entre duas sociedades.

O corolário desse princípio é a drenagem do patrimônio de uma sociedade para a outra, que os americanos usam chamar: milking, prática muito utilizada, a qual pode causar prejuízos aos credores.

A sexta hipótese é a de servir a sociedade de alter ego do sócio.

A sétima hipótese diz respeito ao desvio de finalidade do objeto social com fins ilícitos.

A matéria é complexa pois envolve a discussão a respeito do problema ultra vires (art. 2º, § 3º da Lei nº 6.404/76).

A oitava hipótese de aplicação do princípio da desconconsideração foi trazida pelo ilustre jurista Dr. Bulhões Pedreira em trabalho citado pela Dra. Tânia Negri Pascoal (...) no qual se revela o

caso de subcapitalização evidente, sendo o capital manifestamente insuficiente para o exercício da atividade empresarial, observada a tendência para configurar o abuso de personificação jurídica e do crédito e constituição ou fundamento da companhia com volume de capital próprio evidentemente insuficiente para os seus negócios e com grau de endividamento temerário.”

As questões lançadas nesse trabalho buscam oferecer subsídios para a aplicação da teoria enfocada, não abrangendo uma universalidade de casos, pois cada um tem o tratamento específico às suas características.

Logo, o jurista brasileiro não pode se limitar à interpretação de um direito objetivo, como se fosse perfeito e infalível, devendo tornar o direito positivo sempre mais adequado às necessidades concretas da sociedade.

O legislador sensível às modificações sociais, políticas e econômicas vem tentando inserir a teoria da desconsideração para reprimir desvios de função da pessoa jurídica, de maneira a atingir a pessoa natural de seus membros. Não se deve admitir, entretanto, que a desconsideração se torne instrumento capaz de destruir o instituto da pessoa jurídica. **A desconsideração deve, sempre, ser exceção e não regra.**

Conclui-se que, com o transcorrer do tempo e apesar da grande evolução societária, os Tribunais Brasileiros tornaram-se aptos a aplicar tal teoria, baseando-se nas transações comerciais, cada vez mais complexas. As soluções jurisprudenciais só poderão ser encontradas quando as transações realizadas forem trazidas ao conhecimento do Judiciário, que decidirá quanto ao caso concreto. A resposta dos Tribunais há de ser adequada para não permitir injustiças, restabelecendo o ideal de justiça requerido pelas nações civilizadas, dentre as quais se situa o Brasil.

É hora, portanto, de concluir.

Não deve o intérprete misturar regime econômico da empresa com fraude objetivando lesar pessoas.

Os capitalistas se reúnem licitamente, dentro de determinadas regras para se proteger de eventuais insucessos no empreendimento comercial; não podem, pois, responder com o seu patrimônio pessoal se alguma transação foi mal sucedida.

Por outro lado, releva notar que quem contrata com uma pessoa jurídica está inteirado do sistema de garantias dos sócios. Não pode depois, inatendendo o seu objetivo de lucro, procurar salvar o prejuízo violando os princípios básicos que estruturam a vida da empresa.

Raciocinar de outra maneira é enterrar o progresso, o regular desenvolvimento da vida econômica, *et pour cause*, da sociedade como um todo.

Diferente, como se procurou demonstrar, é a utilização da pessoa jurídica para obtenção de fins ilícitos, quanto à doutrina teria inteira aplicação. ♦